

VU Research Portal

'Stortingsplicht en bankverklaring'Substance over form?

Nagelkerke, J.J.

published in

Onderneming en financiering
2004

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Nagelkerke, J. J. (2004). 'Stortingsplicht en bankverklaring'Substance over form? *Onderneming en financiering*, 44-49.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Stortingsplicht en bankverklaring

Substance over form?

HR 11 juli 2003, *JOR* 2003/193 inzake Bas-C BV^(*)

Over de rechtsgeldigheid van storting op aandelen bij oprichting van een BV en de juridische betekenis van een in verband daarmee afgegeven bankverklaring, is inmiddels een aantal rechterlijke uitspraken verschenen waaronder recentelijk die van de Hoge Raad in de zaak Bas-C.¹ In essentie gaat het om de vraag of een afgegeven bankverklaring als bewijs geldt van een rechtsgeldige storting op aandelen, of dat, ondanks de aanwezigheid van een bankverklaring,² nog een inhoudelijke toetsing dient plaats te vinden. Men zou deze problematiek ook kunnen weergeven met de in de accountantswereld veelgebezigde terminologie *substance over form*.³ Dat de bankverklaring alleen niet volstaat, kan thans als gangbare opvatting worden beschouwd:⁴ de gelden dienen *daadwerkelijk* ter beschikking van de vennootschap te zijn gesteld, wil er sprake zijn van een rechtsgeldige storting. Een inhoudelijke toets derhalve. Of, in de woorden van de Hoge Raad in het WTN-arrest: ook al is voldaan aan de letter van artikel 203a lid 1, dan nog is het mogelijk dat het gestorte kapitaal door oprichters niet daadwerkelijk aan de vennootschap in oprichting ter beschikking is gesteld. Centraal staat dan ook de vraag of – ondanks

de aanwezigheid van een bankverklaring⁵ – er aan het criterium ‘daadwerkelijke’ storting is voldaan. Op dit punt heeft de Hoge Raad in het Bas-C-arrest een verduidelijking aangebracht die onder meer van belang is voor de rechtsgeldigheid van het zogeheten ‘kasrondje’. Maar het betreft tevens een uitspraak met vergaande consequenties voor met name bestuurders van vennootschappen indien – achteraf – niet aan de stortingsplicht⁶ blijkt te zijn voldaan.

Casus

In 1992 wordt Bas-C BV opgericht. De oprichter is enig aandeelhouder en tevens enig bestuurder van deze vennootschap. In de akte van oprichting verklaarde hij dat de geplaatste aandelen door hem in geld zouden worden (vol)gestort. Voor de oprichting is een zogeheten b-verklaring (ex artikel 2: 203a lid 1 sub b) afgegeven. De bank (Coöperatieve Rabobank), verklaarde daarin dat zij ten name van Bas-C i.o. in haar administratie een rekening aanhield met een creditsaldo van ruim f 48.500. Een gedeelte van dit saldo ter grootte van f 40.000 is ontstaan ten titel van storting op de – bij oprichting te plaatsen – aandelen⁷ aldus de bank, die hierbij verwijst naar een desbe-

(*) Voor tekst volledige uitspraak zie <<http://www.rechtspraak.nl>> onder ‘zoeken’ en LJN-nummer AF4595.

1 HR 11 juli 2003, C01/206HR, *JOR* 2003/193 m.nt. Groffen, *Ondernemingsrecht* 2003/13, pp. 501 e.v. met commentaar van Bier.

2 Over de kwestie van een ‘valse’ bankverklaring: *Asser-Maeijer 2-III*, p. 153 sub 67. Eveneens C.J. Groffen in zijn annotatie onder *JOR* 1999/1.

3 Deze terminologie is – in dit verband – reeds eerder gebezigd door B.H.A. van Leeuwen in *Dossier* (Jurisprudentie) december 2000, p. 30 (commentaar op het WTN-arrest). Zie tevens de inaugurele rede van A.F.M. Dorresteyn, ‘Substance over Form in het Ondernemingsrecht’, november 2003.

4 Zie onder meer het WTN-arrest, HR 24 maart 2000, *NJ* 2000, 354, m.nt. Ma.

5 In de praktijk zal dit de zogeheten ‘b-verklaring’ zijn.

6 In het vervolg wordt over ‘stortingsplicht’ gesproken en niet over volstortingsplicht, zoals verschillende auteurs doen in (goed?) gezelschap van alle rechterlijke instanties in de Bas-C-zaak en ook de A-G Huydecoper. Men kan immers aan de – wettelijke – stortingsplicht voldoen ondanks het feit dat de aandelen niet zijn volgestort.

7 Zie echter de correctie van de Hoge Raad en noot 11.

treffende mededeling van de oprichter. Vervolgens wordt de storting door de vennootschap in de akte van oprichting aanvaard. In dezelfde akte verklaart de notaris dat de volstorting heeft plaatsgevonden gelet op de afgegeven b-verklaring.⁸ Kort daarna worden – eveneens bij akte – door de bestuurder van Bas-C alle rechtshandelingen bekrachtigd die voor de oprichting van de BV namens de – toen nog op te richten – BV zijn verricht door de oprichter.⁹ Ruim een jaar na oprichting wordt Bas-C BV in 1993 failliet verklaard.

De curator stelt vervolgens dat de oprichter niet heeft voldaan aan zijn stortingsverplichting (in de terminologie van de curator: verplichting tot volstorting¹⁰) en derhalve een bedrag van f 40.000 alsnog zal moeten storten. Daarnaast spreekt hij de bestuurder (ja, dezelfde!) aan voor een bedrag van ruim f 130.000 uit hoofde van zijn aansprakelijkheid ex artikel 2:180 lid 2 BW: indien immers niet aan de stortingsverplichting is voldaan, zijn bestuurders naast de vennootschap aansprakelijk voor alle schulden (uit rechtshandelingen) van die vennootschap.

Cruciaal is derhalve de vraag of het verweer van de oprichter dat wel aan de stortingsverplichting is voldaan, hout snijdt. Als dat slaagt, komt de kwestie van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:180 lid 2 BW – uiteraard – niet meer aan de orde. De oprichter voert daartoe aan dat hij van het saldo van de betreffende rekening (van f 48.500) een bedrag van f 40.000 heeft geleend en aan dit bedrag – dat op die rekening bleef staan – de bestemming heeft gegeven van voldoening aan zijn stortingsplicht. Zijn hieruit resulterende schuld uit geldlening heeft hij na oprichting van Bas-C BV afgelost door verrekening in rekening-courant, aldus de oprichter.

De respectieve rechterlijke uitspraken

De rechtbank deelt de mening van de curator op beide punten. In hoger beroep is Hof Den Bosch echter van oordeel dat wel aan de stortingsplicht is voldaan. Na te hebben vastgesteld dat de oprichter

niet een bedrag van f 40.000 op de rekening van de BV heeft overgemaakt, overweegt het Hof dat aan die verplichting (tot storting) ook op andere wijze kan worden voldaan. De oprichter heeft namelijk een bedrag dat op de rekening van Bas-C BV i.o. stond, bestemd (in casu f 40.000) om aan zijn stortingsverplichting te voldoen. In de zienswijze van het Hof kon de oprichter dit ook rechtsgeldig doen omdat hij als ondernemer van de BV i.o. – als eenmanszaak – geheel vrijelijk kon beschikken over het saldo van genoemde rekening. Dit bedrag is ook ‘daadwerkelijk’ aan Bas-C BV ten goede gekomen, aldus het Hof.

De Hoge Raad denkt daar echter anders over. Het bedrag van het banksaldo is niet ontstaan ten titel van storting zoals de bankverklaring vermeldt, maar als gevolg van een overboeking door een derde van een bedrag voor verrichte werkzaamheden.¹¹ Het vervolgens bestemmen van het bedrag van f 40.000 door de oprichter als storting op de aandelen kan, aldus de Hoge Raad, niet gelden als door of namens de oprichter ter beschikking stellen aan de vennootschap. Immers: door de bekrachtiging werd Bas-C i.o. partij bij de overeenkomst waarvoor de vergoeding werd betaald, zodat zij ook rechthebbende werd op het bedrag van op het door de derde overgeboekte bedrag.¹² Deze bekrachtiging had mede tot gevolg dat daarmee kwam vast te staan dat het bedrag van f 40.000 door de oprichter aan het vermogen van Bas-C BV – achteraf gezien! –¹³ is onttrokken en derhalve ‘niet daadwerkelijk door hem aan de vennootschap ter beschikking is gesteld’ (cursivering JJJ).

De storting op de aandelen heeft dus plaatsgevonden ‘met gebruikmaking van middelen die tot het vermogen van de vennootschap moeten worden gerekend’, aldus de Hoge Raad. En vervolgens:

‘Omdat het bedrag van de storting is verkregen door het eerst aan het (toekomstig) vermogen van Bas-C BV te onttrekken, is niet voldaan aan het bepaalde in art. 2:178 lid 2.’¹⁴

Dezelfde mening is de Hoge Raad toegedaan met

8 Deze gedachtegang komt erop neer dat de afgegeven b-verklaring de rechtsgeldige storting impliceert. De formele zienswijze derhalve. Een interessante vraag is of een notaris mag volstaan met zo’n formele houding gelet op de onderhavige Bas-C-zaak (en de daaraan voorafgaande WTN-zaak). Zie hiervoor verder het einde van dit artikel.

9 Overigens vonden deze bekrachtigingen een week na de oprichting van Bas-C BV plaats.

10 Waarschijnlijk gebaseerd op de tekst van de akte van oprichting die spreekt over ‘volstorten’.

11 De kwestie van een ‘valse’ bankverklaring lijkt hier niet of nauwelijks aan de orde. De bank verwijst uitdrukkelijk naar de mededeling van de oprichter terzake. Zo heeft in de zienswijze van het Hof wel een rechtsgeldige storting plaatsgevonden. En ook in de opvatting van de Hoge Raad valt op voorhand niet te zeggen dat er geen sprake kan zijn van een rechtsgeldige storting. Zie verder in de tekst onder het kopje ‘Bekrachtigen of niet bekrachtigen, dat is de (cruciale) vraag!’.

12 Van ruim f 61.000. Blijkbaar stond daarvan (dezelfde dag) nog f 48.500 op rekening van de BV i.o.

13 Zie voor kritiek hierop Huizink, ‘Onduidelijkheid over stortingsplicht’, in: *TvI* 2000, pp. 142 e.v.; het verdere in dit artikel onder ‘Bekrachtigen of niet bekrachtigen: dat is de (cruciale) vraag!’.

14 Artikel 2:178 lid 2 luidt: ‘Het maatschappelijk kapitaal en het geplaatste kapitaal en het gestorte deel daarvan moeten bij de oprichting ten minste het minimumkapitaal bedragen.’

betrekking tot de stelling van de oprichter dat hij van de betreffende rekening van Bas-C i.o. een bedrag van f 40.000 heeft bestemd als lening, welk bedrag hij vervolgens in privé aan Bas-C BV verschuldigd werd (ten titel van geldleen) nadat Bas-C BV deze onttrekkingen had bekrachtigd. Ook in dit geval, aldus de Hoge Raad, staat immers vast dat de oprichter niet het bedrag van het kapitaal daadwerkelijk voor de oprichting van Bas-C BV ter beschikking heeft gesteld, maar slechts 'een vordering ter hoogte van het bedrag op zichzelf heeft doen ontstaan'. Ook dit kan niet als een rechtsgeldige (vol)storting worden aangemerkt.

Aan de aansprakelijkheid ex artikel 2:180 lid 2 kan in dat geval niet worden ontkomen, gelet op het bepaalde in artikel 2:178 lid 2 BW, aldus de Hoge Raad.

Een opzienbarende uitspraak van de Hoge Raad, gelet op de gegeven motivering. Datzelfde kan gezegd worden van de conclusie van de A-G in deze zaak ten aanzien van de rechtsgeldige storting bij een gewoon kasrondje.

Achtereenvolgens zal worden ingegaan op de consequenties van de al dan niet-bekrachtiging van de stortingshandeling in het WTN-arrest en de Bas-C zaak, de betekenis van deze laatste voor zowel een 'ongewoon' als een 'gewoon' kasrondje¹⁵ en de gevolgen daarvan voor bestuurdersaansprakelijkheid 'achteraf'.

Bekrachtigen of niet bekrachtigen: dat is de (cruciale) vraag!

Uitgangspunt in de Bas-C-uitspraak is en blijft de eis van een reële storting. Er moet sprake zijn van een 'daadwerkelijk' ter beschikking stellen van de financiële middelen aan de (op te richten) vennootschap als uitvloeisel van de stortingsverplichting. De bepaling van artikel 2:203a lid 1 sub b strekt ertoe het kapitaal van de op te richten vennootschap te beschermen ten behoeve van mogelijke schuldeisers van de vennootschap, aldus uitdrukkelijk de Hoge Raad aan het begin van zijn overwegingen in de Bas-C-zaak.

Het opmerkelijke in deze zaak, evenals overigens in de WTN-uitspraak, is dat op voorhand niet gezegd kan worden dat er niet aan de stortingsverplichting door oprichter(s) was voldaan. Pas achteraf, nadat bekrachtiging door de opgerichte vennootschap had plaatsgevonden, wordt het oordeel geveld: er heeft geen rechtsgeldige storting plaatsgevonden.

In het WTN-arrest (Wachtkamer Televisie Nederland) uit 2000 ging het om een situatie waarin na een bijschrijving op de b-rekening van de BV i.o. (ten titel van storting op aandelen) door oprichters, de tegenwaarde daarvan tegelijkertijd ten laste van een eveneens ten name van deze BV i.o. gevoerde bankrekening werd afgeschreven. Door de – inmiddels opgerichte – BV werd deze afschrijving bekrachtigd. De Hoge Raad ziet hierin geen daadwerkelijke storting. Anders geformuleerd: door deze vestzak-broekzaktransactie is geen eigen vermogen aan de BV ter beschikking gesteld.¹⁶

Wanneer zou daar dan wel sprake van zijn geweest? Door het niet bekrachtigen van de bewuste afschrijving. Dan zou die afschrijving niet ten laste zijn gekomen van de BV maar van de oprichters. Er was dan wel sprake van de toevoeging van eigen vermogen. Enige lenigheid van geest kan niet ontzegd worden aan de door de Hoge Raad gebezigde redenering om dit resultaat te bereiken. In deze constellatie van feiten, bijschrijving op een b-rekening met gelijktijdige afschrijving van het stortingsbedrag van een rekening van de BV i.o., is sprake van een stortingsgebrek, aldus de Hoge Raad in de WTN-zaak. Om vervolgens te stellen

'[...] dat dit gebrek geheeld zou zijn indien de vennootschap na haar oprichting zou weigeren om de voor haar oprichting ten aanzien van laatstbedoelde rekening [waarvan het bedrag werd afgeschreven, JJN] verrichte rechtshandelingen te bekrachtigen, zodat de afschrijving ten laste van die rekening geen gevolg voor de vennootschap heeft'.

Wat moeten we ons hierbij nu voorstellen? Volgens Groffen¹⁷ kunnen deze overwegingen van de Hoge Raad zo worden geïnterpreteerd dat gedurende een bepaalde periode de storting als rechtsgeldig wordt aangemerkt. In die periode zijn de gestorte gelden onderdeel van het vermogen van de vennootschap en zijn zij verhaalsobject voor crediteuren.¹⁸ Na bekrachtiging van de afschrijving is de storting niet meer rechtsgeldig omdat er per saldo geen storting meer resteert in het vermogen van de vennootschap. Een dergelijke interpretatie creëert rechtsonzekerheid en is onwenselijk, aldus Groffen. Opmerkelijk is overigens dat de Hoge Raad in het Bas-C-arrest niet meer spreekt van een gebrek dat kan worden geheeld!

Ondanks dit feit, is het uiteindelijke resultaat hetzelfde als in de WTN-zaak. Door bekrachtiging van alle rechtshandelingen uit de voorperiode, werd Bas-

15 Over dit onderscheid uitgebreider: Groffen, 'Stortingsperikelen', in: *JORplus* 2003/1, pp. 3 e.v.

16 De A-G Huydecoper spreekt – in navolging van de curator – in dit verband over 'een sigaar uit eigen doos'.

17 C.J. Groffen, 'Stortingsperikelen', in: *JORplus* 2003/1, p. 6.

18 Bedoeld zal hier toch zijn: het toekomstig vermogen.

C BV partij bij de overeenkomst met die derde. Daarmede werd zij ook rechthebbende op het door deze derde aan Bas-C i.o. overgeboekte bedrag. Deze bekrachtiging had mede tot gevolg dat daarmee kwam vast te staan dat het bedrag van f 40.000 (als storting) door de oprichter aan het (toekomstig) vermogen van Bas-C BV is onttrokken en derhalve niet daadwerkelijk aan de vennootschap ter beschikking is gesteld, aldus de Hoge Raad.¹⁹

Conclusie: in de Bas-C-zaak had hiervoor genoemde bekrachtiging van *alle* rechtshandelingen achterwege dienen te blijven, met andere woorden: de transactie met de betreffende derde, op basis waarvan overboeking van het bedrag van f 61.000 plaatsvond, had buiten de bekrachtiging dienen te blijven. Alsdan zou sprake geweest zijn van een rechtsgeldige storting ten laste van het vermogen van de oprichter uit de van die derde ontvangen gelden op rekening van de BV i.o.²⁰

Ongewoon kasrondje versus gewoon kasrondje

Volgens Groffen – in zijn meer genoemde artikel – was er in het WTN-arrest sprake van een ‘ongewoon’ kasrondje.²¹ In mijn optiek: bij het ongewone kasrondje vindt storting plaats met middelen van de (op te richten) vennootschap zelf. De vennootschap wordt hier niet wijzer van: eigen vermogen wordt door een oprichter niet (daadwerkelijk) ter beschikking gesteld. Die situatie deed zich ook voor in de Bas-C-zaak. Consequentie voor de praktijk van beide Hoge Raad-uitspraken is dat bestuurders van vennootschappen in situaties van zo’n ‘ongewoon’ kasrondje deksels goed moeten oppassen met wat zij wel en niet (moeten) bekrachtigen. Dit alles op straffe van het niet voldaan hebben aan de stortingsplicht met (hetgeen veel ingrijpender is) onbedoelde bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:180 lid 2 BW. Ook

de notaris die (nagenoeg) altijd betrokken zal zijn bij die bekrachtigingshandelingen dient hierop alert te zijn. Hij komt er na het WTN-arrest en de Bas-C zaak mijns inziens niet meer mee weg om zich bevrijdend te beroepen op de aanwezigheid van een bankverklaring als bewijs voor het voldaan hebben aan de stortingsverplichting.

Geldt het bovenstaande nu ook voor het ‘gewone’ kasrondje?

Met dit laatste wordt bedoeld op een situatie waarbij in de oprichtingsfase van een vennootschap door een oprichter een bedrag aan de vennootschap i.o. ter beschikking wordt gesteld ten titel van storting op aandelen. Op grond hiervan wordt vervolgens door een bank een b-verklaring afgegeven. Daarna wordt door de oprichter het geldbedrag van die berekening, hetzij dezelfde dag, hetzij kort daarna overgeboekt naar privé als lening (al dan niet in rekening-courant). De veelgestelde vraag is of in deze situatie wel van een rechtsgeldige storting kan worden gesproken.

In het arrest Biggles²² gaat de Hoge Raad er in beginsel van uit dat – ondanks het terstond weer uitleenen – van een rechtsgeldige storting kan worden gesproken. Zonder nadere motivering is immers onduidelijk waarom deze wijze van gebruik van haar vermogen door de vennootschap in oprichting leidt tot de conclusie dat geen volstorting heeft plaatsgevonden, aldus letterlijk de Hoge Raad. In het kielzog van deze overweging is naarstig gezocht naar zo’n motivering. In *Asser-Maeijer* heet het dat de transactie²³ (uitlening) zakelijk verantwoord dient te zijn, onder zakelijke voorwaarden waarbij zonodig een zekerheidsstelling door de vennootschap moet worden bedongen. Niet ontkend kan worden dat genoemde passage van de Hoge Raad steun biedt aan een dergelijke zienswijze.²⁴ Kritiek op deze opvatting van de Hoge Raad is niet uitgebleven. Zo dient in de

19 Hiermee is niet voldaan aan het bepaalde in artikel 2:178.2, aldus de Hoge Raad. Op deze zienswijze is – mijns inziens terecht – kritiek geïntendeerd door Bier, in: *Ondernemingsrecht* 2003/13, p. 502. Door de bekrachtiging achteraf, zowel bij WTN als Bas-C na oprichting, wordt door ons hoogste rechtscollege de gevolgtrekking verbonden dat bij de oprichting niet aan de stortingsplicht is voldaan.

20 In het midden kan blijven of de oprichter dan gerechtigd was tot het ‘netto’ bedrag dat werd overgemaakt, te weten ruim f 61.000 of tot een lager bruto bedrag, rekening houdend met de door de BV i.o. gemaakte kosten in verband met verrichte werkzaamheden. Terecht wijst de A-G Huydecoper in zijn conclusie op dit aspect in punt 21. Dit element had evenwel pas aan de orde kunnen komen indien niet alle rechtshandelingen zouden zijn bekrachtigd, maar die verband houdend met de gemaakte uitgaven wel. Mijns inziens had alsdan het stokpaardje van Groffen bereden kunnen worden: alleen gebondenheid van de vennootschap indien dit laatste ex artikel 2:204 lid 1 BW in de akte van oprichting zou zijn opgenomen. Er zou dan sprake geweest zijn van een rechtshandeling die ertoe strekt ‘om enigerlei voordeel te verzekeren aan een oprichter der vennootschap’. Anders geformuleerd betekent dit dat voor een oprichter in zo’n situatie het adagium geldt: ‘niet alleen de lusten, maar ook de lasten’.

21 Zie noot 17.

22 HR 18 november 1988, NJ 1989, 699.

23 *Asser-Maeijer 2-III*, 2000, nr. 101. Zie verder de literatuur door de A-G Huydecoper vermeld in zijn conclusie onder Bas-C BV, noot 19.

24 Daarentegen is Raaijmakers in *AA* 38 (1989) 7/8, p. 688 van mening dat hierbij gedacht moet worden aan een mogelijke verwevenheid tussen oprichter en de vennootschap waaraan het geld werd uitgeleend: het onmiskenbare kasrondje derhalve.

zienswijze van Groffen bij zo'n kasrondje het criterium voor een rechtsgeldige²⁵ storting te zijn of de te storten gelden onderdeel van het vermogen van de vennootschap zijn gaan uitmaken. Dit zal, aldus Groffen, bij een kasrondje in beginsel het geval zijn, tenzij op het tijdstip van de aanvaarding al het tegendeel vaststaat, bijvoorbeeld door – voorgenomen – kwijtschelding van de verplichting tot terugbetaling van de geldlening. De meest uitgesproken en kritische benadering van het kasrondje treft men aan bij de A-G in de Bas-C-zaak.²⁶ Het netto-effect van het kasrondje zou zijn dat het als kapitaal bestemde vermogensbestanddeel niet effectief aan de vennootschap ter beschikking komt. De tevoren bestaande verplichting van de aandeelhouder tot storting wordt vervangen door een daar in materieel opzicht (meestal) niet van te onderscheiden verplichting om op het op krediet verstrekte geld (terug) te betalen. Bovendien geldt bij deze constructie dat de als storting verstrekte middelen niet zonder bezwarende beperkingen worden verstrekt: van tevoren was al besloten/afgesproken dat het te storten geld weer 'teruggeleend' zou (moeten) worden. Dat zou geen rechtsgeldige storting opleveren. De vennootschap zou (na de storting, gevolgd door de uitlening) niets 'wijzer' achterblijven dan zij voor de betreffende transactie(s) was. Ook al zou de 'teruglening' plaatsvinden op zakelijke en marktconforme condities, aldus Huydecoper.

Tegen het standpunt van Huydecoper valt in te brengen, zoals terecht door Groffen is opgemerkt, dat de consequentie van zijn visie is dat bij een groot deel van de BV's, wellicht zelfs het merendeel, alsdan niet rechtsgeldig op de aandelen is gestort met alle gevolgen van dien voor de aansprakelijkheid van bestuurders en (latere) aandeelhouders.²⁷ Nog los van (onoverkomelijke) bewijsproblemen waarmee de curator wordt opgezadeld, geldt als grootste bezwaar tegen zijn zienswijze als zou de vennootschap er bij toepassing van een 'gewoon' kasrondje niet 'wijzer' op zijn geworden. Deze stelling van de A-G is onjuist. Weliswaar wordt het op de aandelen gestorte geld teruggeleend aan de oprichter. Maar boekhoudkundig wordt daarbij het ene activum vervangen door het andere, in casu geld op een bankrekening van de vennootschap i.o. (dat wil zeggen een vordering op de bank)

door een vordering van die vennootschap op een oprichter. Waar het om gaat is dat er eigen vermogen is gefourneerd aan de vennootschap i.o. ten laste van het vermogen van de oprichter. Het maakt daarbij niet uit of het bedrag van de stortingsplicht nu op een bankrekening staat of de vorm heeft aangenomen van een vordering op een oprichter. De tegenwaarde van die vordering blijft immers tot het (eigen) vermogen van de vennootschap behoren. Dat laatste wil overigens niet zeggen dat oprichters en/of bestuurders niet aansprakelijk zouden kunnen worden gesteld door de curator op grond van een 'lichtvaardige' aanvaarding van de storting en/of bekrachtiging van de uitlening. Men denke hier aan de situatie dat niet op zakelijke voorwaarden zou zijn uitgeleend of kwijtschelding al in de bedoeling lag. Maar dit laat een rechtsgeldige storting als zodanig onverlet.²⁸ Hierop is in de literatuur meermalen gewezen. Wat is nu de zienswijze van de Hoge Raad op dit punt? Uit het arrest Bas-C BV valt af te leiden dat het 'gewone' kasrondje de rechtsgeldigheid van de storting niet aantast.²⁹ Er is in die situatie wel daadwerkelijk actief (ter hoogte van de stortingsverplichting) ter beschikking van de vennootschap gekomen. En dat nog voor het in artikel 2:178 lid 2 BW bedoelde – uiterste – tijdstip: bij de oprichting. Dat laatste tijdstip speelt een cruciale rol in de zienswijze van de Hoge Raad in de Bas-C-zaak.

Stortingsplicht en bestuurdersaansprakelijkheid

Het venijn zit als zo dikwijls in de staart. Dit lijkt ook het geval met de overwegingen van de Hoge Raad in dit arrest.

Ook al zou komen vast te staan dat de oprichter inmiddels aan zijn stortingsverplichting zou hebben voldaan als gevolg van afbetaling – na de oprichting – van de bewuste lening,³⁰ dan nog mag dit de oprichter en latere bestuurder niet baten in de ogen van de Hoge Raad. Die afbetaling heeft dan immers plaatsgevonden na het in artikel 2:178 lid 2 genoemde tijdstip. Te laat dus. Derhalve kan de bestuurder (oprichter) niet aan de in artikel 2:180 BW bedoelde aansprakelijkheid ontkomen, aldus het dictum.

Blijkbaar kan ook – in de zienswijze van de Hoge Raad – nog na de oprichting aan de stortingsplicht

25 Stortingsperikelen, p. 6 lk.

26 Zie punt 19 van zijn conclusie.

27 C.J. Groffen, annotatie onder Bas-C BV, JOR 2003/9, p. 1596.

28 De vraag is waarom Groffen in deze laatste situatie niet van een rechtsgeldige storting wil spreken. Het geld is toch daadwerkelijk ter beschikking gesteld door een oprichter en niet afkomstig uit middelen van de vennootschap.

29 Zoals terecht door Groffen wordt opgemerkt in zijn in de vorige noot vermelde annotatie, p. 1596.

30 Het is op zijn minst opmerkelijk dat door bekrachtiging van alle rechtshandelingen uit de voorperiode, waaronder ook deze lening, door de vennootschap is gehandeld in strijd met artikel 2:207c. De ruimte ontbreekt echter om dit element hier verder uit te werken.

worden voldaan. Maar dit baat een bestuurder niet. Er is immers niet aan de stortingsplicht voldaan *bij* oprichting. De vraag is of hiermee een onherstelbare ‘weeffout’ is gemaakt die niet meer hersteld kan worden vanuit het gezichtspunt van bestuurdersaansprakelijkheid. Mocht deze zienswijze juist zijn, dan is hier sprake van een *overkill*. Terecht zijn door Bier hier de nodige kritische³¹ kanttekeningen bij deze consequentie van de Hoge Raad-uitspraak geplaatst. Een uitspraak die naar zijn mening door curatoren met gejuich zal worden ontvangen. Tegen deze achtergrond is zelfs de opzienbarende actie ex artikel 2:180 die door de Hoge Raad aan de curator wordt toegekend, in weerwil van de heersende mening dat zo’n actie alleen aan de betreffende crediteur(en) toekomt,³² minder schokkend dan het harde dictum voor bestuurders: voor altijd te laat!³³

Samenvatting en conclusie

Het geheel van de uitspraken van de Hoge Raad in het WTN- arrest en in Bas-C BV overziende, kan de volgende conclusie worden getrokken.

Het ‘ongewone’ kasrondje is niet van gevaar ontbloot. Er zal daadwerkelijk moeten worden voldaan aan de stortingsplicht, dat wil zeggen dat de oprichter(s) uit eigen middelen (of middelen van derden)

aan de vennootschap een eigen vermogen verschaffen. Teneinde hieraan te voldoen zal het noodzakelijk zijn om bepaalde rechtshandelingen na oprichting van de vennootschap niet te bekrachtigen. Van de notaris mag in dit verband een actievare opstelling worden verwacht, mede gelet op de ‘onherstelbare’ consequenties voor bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:180 BW. Deze problemen lijken bij het ‘gewone’ kasrondje niet aanwezig na het Bas-C-arrest. Hier kan worden uitgegaan van een rechtsgeldige storting. Mijns inziens is de Hoge Raad hiermede impliciet teruggekomen op zijn uitspraak in het arrest Biggles. Immers, de door ons hoogste rechtscollege geformuleerde ‘ijzeren regel’ dat bij de oprichting aan de stortingsverplichting moet zijn voldaan, verdraagt zich niet met een mogelijke uitzondering.

Voor bestuurders is dit een schrale troost, na de ‘knock-out’ die door de Hoge Raad, mijns inziens ten onrechte,³⁴ in het Bas-C-arrest aan hen werd uitgedeeld.

Mr.drs. J.J. Nagelkerke is universitair hoofddocent recht aan de Faculteit der Economische Wetenschappen en Bedrijfskunde van de VU.

31 Bier, in: *Ondernemingsrecht* 2003/13, p. 502.

32 Zie *Rechtspersonen*, aantekening Huizink bij artikel 2:180 BW.

33 Wat moet er in zo’n situatie nu gebeuren: uithuilen (ontbinding van de rechtspersoon) en opnieuw beginnen (met een nieuwe BV)? Overigens speelt hier ook de kwestie van verjaring van vorderingen ex artikel 2:180 BW een rol op grond waarvan de aansprakelijkheid van bestuurders enigszins wordt getemperd.

34 Mede gelet op de soepele(r) toepassing van de verzwaarde bestuurdersaansprakelijkheidsregeling van artikel 2:138/248 BW 2 in de jurisprudentie. Ook al is de minimumstortingsplicht van (thans) € 18.000 een ‘ijzeren regel’ in de visie van de Hoge Raad waaraan niet kan worden afgedaan in het belang van bescherming van crediteuren, dan nog dient men zich te realiseren dat – naar het woord van Slagter – als gevolg van een uit de hand gelopen personeelsfeestje dit zorgvuldig bijeengebrachte (minimum)kapitaal als sneeuw voor de zon kan zijn verdwenen. Belangrijker zijn recente ontwikkelingen op het terrein van kapitaal/vermogensbescherming in Europees verband: versoepeling via het EU Company Law Action Plan (Schutte-Veenstra, in: *Ondernemingsrecht* 2003/13, p. 489. Zie tevens Groffen, ‘Storting in geld, te hoge verwachtingen?’, in: *TvI* 2003/177 (speciaal nummer ‘Curator en kapitaalbescherming’). Daarnaast is van belang de recente uitspraak van het Hof van Justitie inzake ‘Inspire Art’ Ltd. waarbij voor wat betreft de Wet formeel buitenlandse vennootschappen werd bepaald dat de daarin opgenomen regeling inzake een minimumkapitaal met als sanctie een daaraan gekoppelde bestuurdersaansprakelijkheid in strijd met het recht van vrije vestiging in de EU is (ex artikel 43 EG en artikel 48 EG). Zie hierover Schutte-Veenstra, in: *Ondernemingsrecht* 2003/14, p. 538-542 en de bijdrage van Steffens verderop in dit nummer van *O&F*. Dit alles, verre van uitputtend opgesomd, zou ons inziens dienen te resulteren in een aansprakelijkheid van bestuurders ex artikel 2:180 BW die zich niet uitstrekt over de periode waarin – inmiddels – aan de stortingsverplichting is voldaan. Een welwillende interpretatie van de Bas-C-uitspraak zou kunnen zijn dat de Hoge Raad dit wellicht ook bedoeld heeft, maar uit de bewoordingen van zijn uitspraak kan dit (nog) niet worden afgeleid. Hoop doet echter leven.